



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

FLORE

Repository istituzionale dell'Università degli Studi di Firenze

Adesione e partecipazione alla mediazione

Questa è la Versione finale referata (Post print/Accepted manuscript) della seguente pubblicazione:

Original Citation:

Adesione e partecipazione alla mediazione / R. Caponi. - In: JUDICIUM. - ISSN 2533-0632. - ELETTRONICO. - 0:(2011), pp. 0-0.

Availability:

This version is available at: 2158/605101 since:

Terms of use:

Open Access

La pubblicazione è resa disponibile sotto le norme e i termini della licenza di deposito, secondo quanto stabilito dalla Policy per l'accesso aperto dell'Università degli Studi di Firenze (<https://www.sba.unifi.it/upload/policy-oa-2016-1.pdf>)

Publisher copyright claim:

(Article begins on next page)

REMO CAPONI

Adesione e partecipazione alla mediazione

1. – La riflessione sulla distinzione tra adesione alla mediazione e partecipazione al relativo procedimento è sollecitata dalla circolare della Direzione generale della giustizia civile del Ministero della giustizia «Regolamento di procedura e requisiti dei mediatori. Chiarimenti» (4 aprile 2011).

Tale circolare dichiara «non corretto» l'inserimento nei regolamenti di procedura degli organismi di conciliazione di una norma secondo la quale la controparte è tenuta a depositare un atto di adesione al tentativo di mediazione, cosicché - in caso di mancata adesione - il responsabile dell'organismo rilascia un corrispondente attestato ⁽¹⁾, idoneo ad assolvere la condizione di procedibilità contemplata dall'art. 5 d. lgs. n. 28/2010.

In realtà, la soluzione adottata da simili previsioni regolamentari è razionale, poiché realizza evidenti economia di attività e di spese. In particolare, sotto il profilo delle spese, l'art. 16, 4° comma, lett. e), d.m. n. 180/2010 prevede il diritto del mediatore a percepire un compenso (ridotto di un terzo) solo dopo che egli abbia accertato la mancata «partecipazione» al procedimento, cioè – come si vedrà tra un momento – solo dopo che egli abbia accertato la mancata comparizione all'incontro di mediazione. In questo caso l'attore deve pagare solo i 40 Euro di avvio del procedimento.

Oltre che essere razionale, tale soluzione sembra in linea con l'art. 5 d. lgs. n. 28/2010. Nella circolare si legge che «esperire il tentativo di mediazione» ai sensi dell'art. 5 cit. «postula che si compaia effettivamente dinanzi al mediatore designato, il quale solo può constatare la mancata comparizione della parte invitata e redigere il verbale negativo del tentativo di conciliazione».

La forzatura insita in questa interpretazione è piuttosto evidente: esperire il tentativo di mediazione significa semplicemente e solo presentare la domanda di mediazione. Infatti: a) secondo l'art. 5 cit., il previo esperimento del procedimento di mediazione è oggetto di un obbligo che grava unilateralmente sull'attore e non sul convenuto; b) secondo l'art. 5 cit., il giudice assegna un termine per «la presentazione della domanda di mediazione» (quando questa non è stata esperita), non per la comparizione davanti al mediatore; c) in coerenza con ciò, nessuna norma del d. lgs. n. 28/2010 dispone che, ai fini dell'assolvimento della condizione di procedibilità in caso di mancata adesione della controparte al tentativo, sia depositato in giudizio un verbale redatto dal mediatore che attesti la mancata comparizione in sede di primo incontro di mediazione.

Di conseguenza, in base ad un canone di proporzionalità (minimo mezzo rispetto al fine), è sufficiente depositare un atto dell'organismo di conciliazione con cui si attesti la presentazione della domanda di mediazione e la mancata adesione della controparte al tentativo di mediazione. Infatti, rilevato il

⁽¹⁾ In questo senso, in particolare, l'art. 4, 4° comma, lett. b) del regolamento dell'Organismo di conciliazione di Firenze, creato congiuntamente dall'Ordine degli avvocati, dei commercialisti e dei notai <http://www.conciliazionefirenze.org>, sebbene una doverosa prudenza, in questa prima fase di applicazione del nuovo istituto, abbia suggerito di precisare che la norma che prevede il rilascio di un attestato di chiusura del procedimento per mancata adesione della controparte non si applica quando l'esperimento del procedimento di mediazione costituisce condizione di procedibilità ai sensi dell'art. 5, 1° comma d.lgs. n. 28/2010 (art. 4, 6° comma, ultima frase del regolamento).

mancato assolvimento della condizione di procedibilità, il giudice assegna il termine per la presentazione della domanda di mediazione; se viene depositato un attestato di presentazione della domanda e di mancata adesione della controparte, il giudice dispone la prosecuzione del processo. Una soluzione diversa da questa non sembra avere fondamento normativo.

2. – Viceversa, ha fondamento normativo la distinzione tra «adesione» e «partecipazione» al procedimento di mediazione, sebbene la distinzione terminologica non sia tenuta sempre ferma.

In primo luogo, l'art. 16, 2° comma, d.m. n. 180/2010 prevede che la controparte paghi i 40 euro di attivazione del procedimento già al momento della sua «adesione». L'art. 16, 4° comma, lett. e), d.m. n. 180/2010 prevede – come già detto - che il mediatore percepisca un compenso, solo dopo che egli abbia accertato la mancata «partecipazione» al procedimento.

In secondo luogo, l'art. 7, 2° comma, lett. a), d.m. 180/2010 prevede che il regolamento di procedura possa prevedere che il mediatore debba in ogni caso convocare personalmente le parti. Pertanto l'impianto normativo contempla come possibili due modelli procedimentali alternativi: quello in cui il mediatore e la data del primo incontro sono fissati dall'organismo al momento del deposito dell'istanza (art. 8, 1° comma, d. lgs. n. 28/2010), e quello in cui la data del primo incontro è fissata dal mediatore, nominato dall'organismo dopo che la controparte abbia aderito.

3. – Oltre all'indebita ricostruzione che vede il tentativo esperito solo se la parte istante compare all'incontro, la circolare ministeriale invoca un secondo argomento: ai sensi dell'art. 11 d.lgs. 28/2010 e dell'art. 7 d.m. 180/2010, il mediatore può formulare la proposta anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione.

Anche questo argomento non è del tutto persuasivo. La legge prevede che il mediatore debba formulare una proposta solo se vi è la concorde richiesta delle parti (art. 11, 1° comma, terza frase, d. lgs. n. 28/2010). Se non vi richiesta congiunta delle parti, il potere del mediatore di formulare la proposta può essere escluso dai regolamenti di conciliazione, nel quadro di un pluralismo competitivo tra i diversi modelli e tecniche di conciliazione, che appartiene ormai alla cultura della mediazione in Italia e non può essere colpito *manu militari*. Infatti la normativa non lo colpisce: la previsione del potere di fare la proposta anche in assenza di richiesta congiunta delle parti non è contenuto necessario dei regolamenti di procedura (cfr. art. 7, 5° comma d.m. n. 180/2010). Ciò conferma che l'art. 11, 1° comma, seconda frase, d. lgs n. 28/2010 è norma dispositiva.

4. – La circolare ministeriale lamenta che l'interpretazione qui sostenuta aggirerebbe la previsione che ha imposto «l'operatività della condizione di procedibilità per talune materie».

L'argomento che fa leva su ipotetici abusi per correggere una plausibile interpretazione di una norma giuridica mi è sempre parso intrinsecamente debole. Mi sembra ancora più debole in questo caso, poiché proviene dall'organo che ha concorso ad elaborare quelle norme di cui si discute. Più che preoccuparsi della ipotetica mala fede degli operatori, il governo farebbe bene a correggere adeguatamente questa debolezza tecnica.

La circolare dell'inizio di aprile non sembra un rimedio adeguato. Tra l'altro essa interviene dopo che sono stati depositati e approvati oltre duecento regolamenti di procedura, molti dei quali contengono sicuramente le norme criticate dal Ministero. Come mai ci si sveglia solo ora e si minaccia l'esercizio successivo di quella vigilanza che ben avrebbe dovuto essere esercitata preventivamente, se il Ministero fosse stato convinto fin dall'inizio della propria interpretazione?